

PLURALISMO JURÍDICO Y DERECHO ALTERNATIVO: DOS MODELOS DE ANÁLISIS

Legal pluralism and alternative Law: two analytical models

Pedro Garzón López*

RESUMEN: El presente artículo pone de manifiesto el carácter polisémico del pluralismo jurídico y el derecho alternativo, así como la interrelación que existe entre ambas perspectivas. A fin de despejar algunas confusiones y equívocos que subyacen en el contexto del pluralismo jurídico, se distinguen dos modelos análisis. Por un lado, el *pluralismo jurídico en estricto sentido*; y por el otro, el *pluralismo jurídico de base monista*, señalando que sólo en el primero de ellos, es susceptible una lectura en clave de paradigma en el contexto a la crítica de la ciencia jurídica tradicional.

ABSTRACT: *This article highlights the multiple meanings of legal pluralism and alternative law, as well as the relationship that exist between both perspectives. In order to clarify certain confusions and misunderstandings that underlie the context of legal pluralism, two analytical models are proposed. On one hand, the legal pluralism in the strict sense, and on the other hand, the legal pluralism of monistic basis, pointing out that only in the first one it is possible a reading in paradigm terms within the framework of the criticism to the traditional jurisprudence.*

PALABRAS CLAVE: Pluralismo jurídico, monismo jurídico, sistemas normativos, derecho estatal, derecho alternativo.

KEY WORDS: *Legal pluralism, legal monism, normative systems, State Law, alternative Law.*

Fecha de recepción: 3-4-2012

Fecha de aceptación: 13-06-2012

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar el concepto de pluralismo jurídico a la luz de las distintas posturas teóricas que se han ocupado a cuestionar el monismo jurídico: teoría que sostiene la existencia de un sólo derecho soberano identificado con el derecho estatal, lo que permite justificar el monopolio exclusivo de la producción y aplicación jurídica¹. Por el contrario, desde la teoría del pluralismo jurídico se parte de la coexistencia **simultánea de dos o más "sistemas jurídicos" en un mismo espacio sociopolítico**, siendo el derecho estatal uno más de los derechos existentes en la realidad social. Por tanto, este criterio asume una

* Investigador indígena chinanteco (Oaxaca, México). Doctorando en Estudios Avanzados de Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid. Miembro del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia, www.derechoyjusticia.net

¹ Vid. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp. 27 y 28.

noción de "juridicidad" más amplia que la concebida tradicionalmente por la ciencia jurídica².

La idea central que propugna el pluralismo jurídico reside en la incapacidad de la ciencia jurídica tradicional para explicar los fenómenos jurídicos contemporáneos, pues considera que la realidad rebasa sus marcos explicativos, de ahí que el pluralismo jurídico, -siguiendo la terminología de Kuhn- **aparezca como una "anomalía"** que pretende constituirse en un nuevo **"paradigma"**³ que desafía la limitación de la teorías jurídicas tradicionales.

A la vista de lo anterior, el propósito que anima este trabajo es precisamente el hecho de la existencia de diversos fenómenos jurídicos en la realidad social que no se reducen al derecho estatal ni se explican desde el paradigma epistemológico la ciencia jurídica tradicional. Algunas de estas manifestaciones representan los derechos de los pueblos indígenas⁴; las Rondas Campesinas en el Perú⁵; las favelas en Brasil⁶; los nuevos movimientos sociales⁷; la *lex*

² En este sentido María José Fariñas: el Estado "no es sino un grupo social más de los que crean Derecho, aunque en la sociedad moderna ha logrado imponerse sobre los demás grupos sociales y monopolizar la producción formal del Derecho, garantizada por su fuerza coactiva y basada en el paradigma individualista de la modernidad. Pero en la realidad social, el Derecho estatal no es todo el Derecho existente. Esto implica, también, un concepto de "juridicidad" más amplio que el que había sido utilizado tradicionalmente por la ciencia jurídica". ARNAUD, A. J. y FARIÑAS DULCE, M. J., *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III-BOE, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 90.

³ Para comprender la emergencia de unos paradigmas a partir de la crisis de otros, véase el planteamiento de Thomas S. Kuhn, para quién un paradigma constituyen "...realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica". KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001, p. 13.

⁴ Vid. CORREAS, O., (Coord.), *Derecho indígena mexicano I*, UNAM, Ediciones Coyoacán, México, D.F., 2007. Del mismo autor, *Pluralismo Jurídico, alternatividad y Derecho Indígena*, Fontamara, México D.F., 2003. IRIGOYEN, R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999. Asimismo, SÁNCHEZ BOTERO, E., "La jurisdicción especial indígena. Nueva estrategia de la máquina de captura", en GIRAUDO L., (eds.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 215-231. CLAVERO, B., *Derecho Indígena y Derecho Constitucional en América*, Siglo XXI, México, D.F., 1994.

⁵ Vid. LAOS FERNANDEZ, A., *Rondando por nuestra ley: la exitosa experiencia de incidencia política y cabildeo de la ley de Rondas Campesinas*, Red interamericana para la democracia, Lima, 2003. Asimismo, RODRIGUEZ AGUILAR, C., *Justicia comunitaria y las Rondas Campesinas en el sur andino*, SER, Lima, 2007.

⁶ Al efecto, Boaventura de Sousa Santos analiza ampliamente el derecho de Pasárgada, un caso de producción y aplicación jurídica informal no oficial desarrollada por las clases urbanas oprimidas y marginadas que viven en asentamiento ilegales llamadas favelas en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil. Vid. DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en*

*mercatoria*⁸, etc. Sin embargo, ninguno de estos fenómenos agotan la perspectiva del pluralismo jurídico, pues tan sólo representan una expresión más del mismo.

De igual manera, la expresión “pluralismo jurídico” no siempre se define por oposición al monismo jurídico, ya que puede haber también formas de pluralismo jurídico en el seno mismo del derecho estatal. Tampoco, el pluralismo jurídico se *legítima* necesariamente cuestionando al monismo jurídico sin más, pues como bien señala Santos “no hay nada inherentemente bueno, progresista o emancipatorio sobre “del pluralismo jurídico”⁹, en virtud de que puede haber ciertos pluralismos jurídicos ilegítimos o “inmorales” como el de las fuerzas paramilitares o el de la mafia según Oscar Correas¹⁰.

Todo lo anterior nos obliga a aproximarnos a la teoría del pluralismo jurídico, empezando por analizar las distintas concepciones que se han planteado sobre del mismo. En segundo término, distinguir y delimitar fundamentalmente dos modelos explicativos del pluralismo jurídico. Y finalmente, siendo el derecho alternativo una expresión concreta del pluralismo jurídico, se analiza la relación que existe entre ambas perspectivas, con especial énfasis en el contexto de América Latina.

2. SOBRE LAS CONCEPCIONES DEL PLURALISMO JURÍDICO

Una primera aproximación a la idea de pluralismo jurídico - siguiendo a Oscar Correas- refiere al “fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a **sistemas normativos distintos**”¹¹. De este modo, un sistema normativo es tal si se encuentra organizado en torno a una norma de reconocimiento o fundante básica, -planteamiento de

el derecho, Nota introductoria y revisión de la traducción, Carlos Lema Añón, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009, pp. 131-253.

⁷ Vid. WOLKMER, C. A., *Pluralismo Jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica*, trad. de D. Sánchez Rubio y J. C. Sánchez Villegas, Mad, Sevilla, 2006.

⁸ También en el ámbito supraestatal existe el propio derecho del capital global. Vid. OLGATI, V., “El nuevo pluralismo jurídico y la *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea” en J. A. SILVA (Coord.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, UNAM, México, 2006. Del mismo modo, DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica*, op. cit., pp.349-358.

⁹ DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, op. cit., p. 63.

¹⁰ Como señala Oscar Correas, que existan que “todas estas conductas o hechos merecen ser calificados de legítimos o morales si no defienden los “derechos humanos”. Por lo tanto, que produzcan normas distintas al derecho estatal “no implica un juicio moral sobre ellos; no estamos diciendo que, porque existen, son todos igualmente legítimos. Estamos de acuerdo en que, por ejemplo, los sistemas normativos mafiosos son ilegítimos, inmorales y deben ser combatidos”. CORREAS, *Derecho indígena mexicano I*, op. cit., p. 57.

¹¹ CORREAS, *Pluralismo Jurídico, alternatividad y Derecho Indígena*, op. cit., p. 51.

impronta hartiana¹² y kelseniana¹³ respectivamente- supuesto que se actualiza según el autor, al caso del derecho indígena, en tanto comporta un sistema normativo distinto que convive con un sistema **hegemónico, siendo "reconocidos por distintas reglas de reconocimiento"**¹⁴.

Lo anterior se ilustra mejor si tenemos en cuenta que en el contexto de América Latina, existen sistemas normativos que autoregulan la vida de los pueblos indígenas; es decir, se trata de normas que son reconocidas y legitimadas socialmente por las propias comunidades indígenas, y se caracterizan por ser diferentes al sistema estatal, siendo este fenómeno una situación de pluralismo jurídico según la definición apuntada.

A diferencia de Oscar Correas quién centra su atención en los pueblos indígenas, Carlos Antonio Wolkmer abarca expresiones normativas más amplias centrada en los nuevos movimientos sociales **al señalar que el pluralismo jurídico remite a "la multiplicidad de prácticas jurídicas existentes en un mismo espacio sociopolítico, intervenidas por conflictos o consensos, pudiendo ser o no oficiales y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales"**¹⁵. En cambio, para Fariñas, el pluralismo jurídico es simplemente **"la coexistencia simultánea de varios sistemas jurídicos divergentes en un mismo espacio sociopolítico"**, cuyo rasgo distintivo describe: 1) varios sistemas de regulación de la acción social; 2) varios mecanismos de resolución de conflictos; y, 3) el Estado sería sólo uno de los grupos que tiene poder de creación normativa¹⁶.

Visto lo anterior, se advierte que existen diferentes perspectivas sobre el pluralismo jurídico que pueden expresarse en diferentes espacios-temporales según Boaventura de Sousa Santos¹⁷ y no

¹² Sobre los fundamentos de la regla de reconocimiento como última regla que proporciona criterios de validez a las reglas de un sistema, vid. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 125-153.

¹³ Para un estudio puntual en torno a la norma fundante básica, véase H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Bernengo, Porrúa, 11^a ed., México, 2000, pp. 202 y ss.

¹⁴ CORREAS, *Pluralismo Jurídico, alternatividad y derecho indígena*, op. cit., p. 52.

¹⁵ WOLKMER, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica*, op. cit., p.194.

¹⁶ FARIÑAS, M. J., *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*, en "Cuadernos Bartolomé de las casas", núm. 7, 2^a ed., Fundación el Monte-Dykinson, Madrid, 2006, p. 31.

¹⁷ De acuerdo con Boaventura de Sousa Santos, en el contexto de la sociedad contemporánea existe una "constelación de legalidades (e ilegalidades) que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales". DE SOUSA SANTOS, B., *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de regulación y la emancipación*, trad. de César Rodríguez, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, Bogotá, 1998, p. 19.

siempre apela a una misma entidad con perfiles claramente definidos en términos organizativos, institucionales, territoriales, etc. Ahora bien, que el paisaje del pluralismo jurídico sea diverso y colorido no significa que necesariamente haya un solo modelo explicativo en oposición al monismo jurídico. Existen más bien diferentes manifestaciones de pluralismo jurídico compatible con una concepción **monista dentro del derecho estatal como es el pluralismo "vertical"** que desde una base antropológica propone Pospisil¹⁸ o el pluralismo **jurídico "horizontal"** que desde la **teoría de los campos sociales semi-autónomos** es señalada por Sally F. Moore¹⁹.

Para Griffiths, uno de las críticas al planteamiento del campo semi-autónomo de Moore es que da muchas concesiones a la influencia a la acción del derecho estatal en la esfera de cada uno de los campos sociales semi-autónomos y olvida las relaciones existentes entre campos no estatales, puesto el pluralismo jurídico -según el antropólogo estadounidense-, es la organización jurídica de **la sociedad, que es "congruente con su organización social"**²⁰.

Del mismo modo, cabe subrayar la metodología que sigue Sally Engle Merry²¹ al distinguir por un lado, un **"pluralismo jurídico clásico"**, que da cuenta de la coexistencia de sistemas jurídicos en sociedades que fueron colonizadas, donde se impuso el derecho del

¹⁸ El pluralismo jurídico "vertical", tesis defendida por POSPISIL, J.L., -citado por Fariñas- basado en diferentes niveles jurídicos ordenados jerárquicamente. Este tipo de pluralismo según Fariñas es compatible con una concepción centralista y monista del Derecho. FARIÑAS, op. cit., p. 34.

¹⁹ El pluralismo jurídico "horizontal" conocida como la "teoría de los campos sociales semi-autónomos" es propuesta por Sally F. Moore. Surge precisamente en la interrelación de diversos grupos y organizaciones sociales que no son totalmente autónomos ni están jerarquizados y coexisten en un plano horizontal. FALK MOORE, S., "Law and social change: the semi-autonomous field as an appropriate subject of study law", *Law and Society Review*, Vol. 7, Nº 4, 1973, pp. 719-746. Según Fariñas, este tipo de pluralismo no impide reconocer el papel central y jerárquicamente superior del Derecho estatal. FARIÑAS, *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna* op. cit., pp. 34 y 35.

²⁰ GRIFFITHS, J., What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, Nº 24, 1986, p. 38.

²¹ Es la distinción que hace Sally Engle Merry, entendiendo por pluralismo jurídico clásico la coexistencia de sistemas jurídicos contrapuestos en un mismo espacio territorial y temporal. Es el caso de la situación de los países colonizados, en donde coexistía el derecho de la metrópoli y el derecho autóctono del país colonizado que sobrevive pese a la imposición del primero; y por el otro, el modelo del "nuevo pluralismo jurídico" que responde a la convivencia de múltiples y diferentes esferas jurídicas como consecuencia de la fragmentación de los estados nacionales; así la coexistencia se produce entre reglas locales, comunitarias, regionales, nacionales, transnacionales e internacionales o estatutos jurídicos de minorías reconocidas. MERRY, S. E., "Legal pluralism", *Law and society review*, vol. 22. Nº 5, 1988, pp. 869-896.

colonizador²², y por el otro, el “nuevo pluralismo jurídico” que describe los distintos sistemas jurídicos en sociedades postcoloniales e industrializadas de la modernidad.

Sin embargo, puede decirse que es con John Griffiths cuando ocurre una genuina ruptura con el monismo jurídico de base estatista a través de su influyente trabajo: **“¿Qué es el pluralismo jurídico?”**. En este artículo, comienza por atacar el centralismo jurídico identificándolo con una ideología, pues desde esta perspectiva, el derecho se concibe como un ordenamiento jerárquico exclusivo, sistemático y unificado de proposiciones normativas, aunque esta concepción no es más que “un mito, un ideal, una reivindicación, una ilusión”, mientras que “el pluralismo jurídico es un hecho”²³ relacionado con los diversos campos de organización social.

Como se advierte, tanto dentro como fuera de la órbita del Derecho estatal es posible repensar el pluralismo jurídico, de ahí que Griffiths formule una distinción conceptual entre un “pluralismo jurídico débil” y un “pluralismo jurídico fuerte”. En la primera ellas se manifiesta la ideología del centralismo jurídico, puesto que es el soberano quién manda, da validez o reconoce distintas estructuras jurídicas dentro del mismo derecho estatal; mientras que el pluralismo jurídico fuerte está relacionada con “un estado empírico de los acontecimientos en sociedad”, en tanto organización jurídica de la sociedad distinta a la ideología del centralismo jurídico²⁴.

En esta misma línea Ramón Soriano distingue un pluralismo “externo” e “interno” o “pluralismo de “derechos” y un “pluralismo jurídico estatal” respectivamente. Identifica el “pluralismo externo” con el “pluralismo de derechos” que sería propiamente la coexistencia de una pluralidad de derecho en el mismo territorio o espacio geopolítico, y al “pluralismo interno” con el “pluralismo jurídico estatal” para referirse al pluralismo de fuentes jurídicas dentro de un mismo derecho, como es el derecho estatal²⁵. Postura compartida también por Wolkmer, al diferenciar entre un pluralismo “jurídico

²² Sobre este tipo de pluralismo, Bartolomé Clavero señala que en la época colonial, si bien las comunidades indígenas conservaron sus usos y costumbres, estos no lograron florecer de manera autónoma, ya que finalmente el derecho colonial se impuso sobre la vida individual como colectiva de los indígenas. De este modo, hubo un vacío en el reconocimiento al pluralismo jurídico, al no haber un derecho indígena propio, con fuerza capaz de obligar y limitar al colonizador. Más bien lo que hubo en la colonia -siguiendo al historiador español- fue un *status de etnias*. CLAVERO, *Derecho Indígena y Derecho Constitucional en América*, op. cit., pp. 5-19.

²³ GRIFFITHS, What is legal pluralism?, loc. cit., p. 4.

²⁴ GRIFFITHS, What is legal pluralism?, loc. cit., pp. 8 y ss.

²⁵ SORIANO, R., *Sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 361.

comunitario” y un “pluralismo jurídico estatal”²⁶. Concibe al “derecho comunitario” como un espacio formado por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía, subsistiendo independientemente del control estatal; y por la otra, el “pluralismo jurídico estatal” actúa como un modelo reconocido, permitido y controlado por el Estado.

A la vista de todo lo expuesto, distinguiremos dos modelos teóricos de pluralismo jurídico que, para efectos heurísticos y explicativos, denominaremos al primero *pluralismo jurídico en estricto sentido* y el segundo *pluralismo jurídico de base monista*. En el primero ubicaremos la “constelación de legalidades” según el particular punto de vista de Boaventura de Sousa Santos, así como la “polisistemia simultánea” de acuerdo con Arnaud y Fariñas. El segundo modelo será identificado con la “teoría de la Institución” de Santi Romano y la “pluralidad de ordenamientos” según Robles Morchón y Jean Carbonnier; asumiendo que sólo el primer modelo es susceptible de constituirse en clave de paradigma²⁷ en el contexto de la crítica a la ciencia jurídica tradicional.

3. EL MODELO TEÓRICO DEL PLURALISMO JURIDICO EN SENTIDO ERICTO

3.1. El paradigma del pluralismo jurídico como “constelación de legalidades”.

Partiendo de la concepción posmoderna del derecho, pero asumiendo una posición singular del posmodernismo, Boaventura de Sousa Santos crítica a la modernidad a partir de su propuesta posmoderna que denomina de “oposición”, para diferenciarse de

²⁶ WOLKMER, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, op. cit., pp. 198-199.

²⁷ Por *paradigma* se entiende, -parafraseando a Thomas S. Kuhn-, a aquellas teorías o patrones aceptados por una comunidad científica cuya aparición se da en un momento de crisis de un paradigma anterior del cual surge una nueva tradición de ciencia normal. El nuevo paradigma -lo que llama revolución científica-, generalmente es motivo de resistencias para su aceptación general, y constituye una reconstrucción del campo, a partir de nuevos fundamentos teóricos, métodos y aplicaciones. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, op. cit., pp. 139-148. Sin embargo, un paradigma no se reduce a un modelo ni a un concepto, ni todas las aproximaciones teóricas forman un paradigma; por el contrario, un paradigma contribuye a la formación de tales categorías según explica Arnaud al ejemplificar la formación de paradigmas a través del realismo jurídico americano y el escandinavo, dos paradigmas que son aceptados por la comunidad jurídica. ARNAUD y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., p. 197. En el mismo sentido, Fariñas entiende por paradigma a “un conjunto de conceptos universalmente reconocidos que proporciona mecanismos de problematización y soluciones a una comunidad de investigadores durante un cierto tiempo”. ARNAUD Y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos*, op. cit., p. 55.

posturas modernistas y posmodernistas “celebratorias”²⁸, en la medida que “confiere pertinencia a la idea de una transición de paradigmas, y la considera a la vez una verdadera transición, esto es, una etapa provisional”²⁹. Este planteamiento se diferencia por tanto, de posiciones “modernistas” que sostienen que no hay lugar para hablar de una transición, porque todas las transformaciones se dan dentro del paradigma de la modernidad; y de los “posmodernistas celebratorios” que tampoco creen que haya una transición, pues considera que “la modernidad pasó, y con ellas tanto la idea de paradigma y de la transición”.

Por lo tanto, una transición paradigmática afecta fundamentalmente a la ciencia y el derecho de la modernidad caracterizada por la tensión entre regulación y emancipación³⁰,

²⁸ Como señala Santos: “nos enfrentamos a problemas modernos para los que no hay soluciones modernas. La búsqueda de una solución posmoderna es lo que llamo posmodernismo de oposición. Esta posición se diferencia claramente de las concepciones y teorías modernistas como de las concepciones y teorías posmodernistas más conocidas -esto es, del posmodernismo celebratorio-. Según este último, los problemas modernos tienen soluciones modernas y, por lo tanto, no se justifica hablar de una transición de paradigmas. Hay grandes variaciones dentro de la posición modernista. Por una parte, están quienes piensan que la modernidad occidental incluye muchos tipos de modernidades y que el problema reside en la versión de la modernidad que terminó dominando; así, las nuevas soluciones modernas para los nuevos problemas modernos deben buscarse en las otras versiones de la modernidad. Hay, por otra parte, quienes creen que la solución no tiene que ver nada con las diferentes formas de la modernidad, sino más bien con la intensidad con la que se cumplió el paradigma de la modernidad. Ésta es la posición de Habermas para quien la modernidad es un proyecto inconcluso que **debe ser completado**. [...] Mi posición, sin embargo debe distinguirse también de las concepciones y teorías posmodernas prevalecientes. Para estas últimas, la ausencia de soluciones modernas para los problemas modernos no es ella misma un problema; es más bien una solución. El problema reside en las estimulantes promesas formuladas por la modernidad. Es sano, por lo tanto, según esta concepción, darnos cuenta hoy en día que esas promesas eran falsas e ilusorias. Ésta es la condición para que podamos finalmente reconciliarnos con la sociedad en la que vivimos y celebrar lo que existe meramente como existe. En ello reside el carácter celebratorio de la versión predominante del posmodernismo -a la Baudrillard”. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, op. cit., pp. 43 y 44.

²⁹ DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, op. cit., p. 44.

³⁰ Señala Santos que el paradigma de la modernidad se apoya en dos pilares que es **la regulación y la emancipación**. “La regulación moderna es el conjunto de normas, instituciones y prácticas que garantiza la estabilidad de las expectativas. Lo hace al establecer una relación políticamente tolerable entre las experiencias presentes, por una parte, y las expectativas sobre el futuro por la otra. La emancipación moderna es el conjunto de aspiraciones y prácticas oposicionales, dirigidas a aumentar la discrepancia entre experiencias y expectativas. Poniendo en duda el statu quo, esto es, las instituciones que constituyen el nexo político existente entre experiencia y expectativas. Lo hace al confrontar y deslegitimar las normas, instituciones y prácticas que garantizan la estabilidad de las experiencias -esto es, confrontando la regulación moderna-. La modernidad se fundamenta, entonces, en una tensión dinámica entre el pilar de la regulación y el pilar de la emancipación. Esta tensión se encuentra bien expresada en la dialéctica del orden y del buen orden, o de la

actualmente en manifiesta crisis ante su insuficiencia para dar respuestas a problemas modernos en un contexto donde imperan las **"preguntas fuertes y respuestas débiles"**. Por lo tanto, en un momento determinado por el agotamiento de la capacidad de respuesta del paradigma de la modernidad hace propicia una crítica radical al paradigma dominante para dar paso a paradigmas emergentes que contribuya a la búsqueda de soluciones posmodernas de emancipación social para las cuales no hay soluciones modernas³¹.

En consecuencia, llevado el posmodernismo de oposición al campo del derecho, Santos parte por criticar la concepción moderna del derecho para luego plantear algunas alternativas. En tal sentido cuestiona tres pilares que según él sostiene el derecho moderno: a) el derecho como monopolio del Estado y como construcción científica; b) la despolitización del derecho a través de la distinción entre Estado y sociedad civil; y c) el derecho como principio e instrumento universal de la transformación social políticamente legitimada.

Respecto al primer pilar propone una concepción fuerte de pluralismo jurídico que según **sus palabras, consiste en "mostrar que la concepción modernista del derecho llevó a una gran pérdida de experiencia y práctica jurídica y, de hecho, legitimó un "juridicidio" masivo, esto es, la destrucción de prácticas y concepciones jurídicas que no se ajustaban al canon jurídico modernista"**³². En cuando al segundo pilar el autor propone trascender la distinción Estado/sociedad civil a fin de ser sustituirlo por un conjunto de espacios-tiempo estructurales -doméstico, producción, mercado, comunidad, ciudadanía y el espacio mundial- **"que pueden ser todos politizados, y por lo tanto convertirse en conductos para liberar a la política de su confinamiento en el Estado y la sociedad política"**³³. Finalmente, en relación al tercer pilar concibe una amplia repolitización del derecho como condición para que la tensión dialéctica entre regulación y emancipación sea considerada fuera de

sociedad y la sociedad buena. Mientras la regulación garantiza el orden en la sociedad tal como existe en un momento y lugar, la emancipación es la aspiración a **un orden bueno en una sociedad buena en el futuro**". DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, op. cit., pp. 30 y 31.

³¹ Para Santos **"la teoría crítica moderna es subparadigmática**, es decir, intenta desarrollar el potencial de emancipación social dentro del propio paradigma dominante". Por el contrario, la posición que asume, es que **"el paradigma dominante hace tiempo que agotó todos sus potenciales de emancipación como pone suficientemente de manifiesto la voracidad con la que las transforma en otras tantas formas de regulación social. El pensamiento crítico debe, en consecuencia, adoptar una postura paradigmática propia de una crítica radical del paradigma dominante desde el punto de vista de una imaginación lo suficientemente sana como para dar lugar a un nuevo paradigma con horizontes de emancipación"**. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, op. cit., p. 18.

³² DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, op. cit., p. 47.

³³ DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, op. cit., p. 48.

los límites de la modernidad que redujo la legitimidad a la legalidad. En otras palabras, pretende que la emancipación del derecho se desarrolle fuera de los límites de la modernidad a partir de las **"prácticas de grupos y clases socialmente oprimidos"**.

En efecto, luchando contra la opresión, la exclusión, la discriminación y la destrucción del medio ambiente, estos grupos recurren al derecho o, más bien, a diferentes formas de derecho, como un instrumento más de oposición. Lo hacen ahora dentro o fuera de los límites del derecho oficial moderno, movilizándolo a diversas escalas de legalidad (locales, nacionales y globales) y construyendo **alianzas translocales o incluso transnacionales**"³⁴.

En definitiva, la concepción posmoderna del derecho según Santos se caracteriza por su potencial de emancipación social de los grupos oprimidos cuyas luchas trasciende la dialéctica regulación-emancipación moderna y comporta al menos dos componentes básicos: 1) el concepto de pluralismo jurídico, y, 2) el concepto de interlegalidad³⁵. Esto significa que el contexto del Estado-nación tradicionalmente marcado por la concentración del espacio-temporal del derecho estatal, se diluye en el contexto de la globalización y de las sociedades contemporáneas, donde existe un campo jurídico que ofrece un paisaje mucho más rico y complejo que el asumido por la teoría política liberal. En ese contexto, este nuevo campo jurídico **consiste en una "constelación de legalidades" que operan en diferentes espacios-temporales y a escalas locales, nacionales y transnacionales**³⁶.

³⁴ DE SOUSA SANTOS, B., *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia: para un nuevo sentido común: La ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Vol. 1, trad. de Joaquín Herrera Flores, Fernando Antonio de Carvalho Dantas y otros, Desclechee de Bruwer, Bilbao, 2003, p. 51.

³⁵ Según el concepto de pluralismo jurídico apuntado, se concibe de manera **diferente como ha sido "estudiado y teorizado por la antropología jurídica, o sea, de la coexistencia, en el mismo espacio geopolítico, de dos o más órdenes jurídicos autónomos y geográficamente segregados"**. Por el contrario, según Santos, "se trata, si, de la yuxtaposición, articulación e interpretación de varios espacios jurídicos mezclados, tanto en nuestras actitudes, como en nuestros comportamientos". **"Vivimos en tiempos de porosidades y, por lo tanto, también de porosidad ética y jurídica, de un derecho poroso constituido por múltiples redes de órdenes jurídicos que nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones"**. Por su parte, el concepto de interlegalidad es la dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico. Se trata de un proceso altamente dinámico porque los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos, por eso también las mezclas de códigos de escala, de proyección o de simbolización son siempre desiguales e inestables". DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente*, op. cit., pp. 250-252.

³⁶ DE SOUSA SANTOS, *La globalización del Derecho*, op. cit., p. 19.

3.2. El Pluralismo jurídico como polisistemia simultánea.

De acuerdo con esta otra perspectiva, el paradigma del pluralismo jurídico se presenta en sus orígenes históricos según Fariñas en el seno del "movimiento antiformalista"³⁷, caracterizado por el rechazo de la reducción del Derecho al derecho estatal, siendo por el contrario el Estado un grupo social más que crea Derecho³⁸. Para sustentar la tesis de la existencia de una "constelación" más amplia de Derechos, defensores de esta corriente sociológica tienen que recurrir a un concepto de juridicidad más amplio que el utilizado tradicionalmente por la ciencia jurídica, con lo cual deben defender la existencia de diferentes "sistemas jurídicos" que coexisten con el Derecho estatal³⁹.

Esta es la línea que sigue Arnaud al proponer la teoría de la *polisistemia simultánea*, entendido como el encuentro de varios sistemas en un mismo tiempo y lugar⁴⁰. Así este autor distingue, desde el punto de vista normativista: a) una polisistemia sucesiva; b) polisistemia disyuntiva; y, c) la polisistemia simultánea. El primer tipo de polisistemia corresponde a una época histórica, se trata cuando en un mismo territorio, un derecho emergente sucede a uno anterior en un Estado-nación; es el caso del código civil francés que abolió toda la legislación del antiguo régimen y de la época revolucionaria. El segundo caso de polisistemia supone la existencia de tantos Derechos

³⁷ "Los autores del Movimiento del Derecho Libre contribuyeron a consolidar en el siglo XX el paradigma del "pluralismo jurídico", aportando sus principales fundamentos teóricos. En la casi totalidad de los autores del referido Movimiento, el paradigma del "pluralismo jurídico" se entremezcla con la concepción sociológica de las fuentes del Derecho, que dichos autores propugnaron. Dicho paradigma implica la idea de que, junto al Derecho estatal, existen otros "derechos" u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquel, unas veces armónicamente y otras veces en conflicto, pero que en cualquier caso, viven "con independencia del Derecho estatal". ARNAUD Y FARIÑAS, *Sistemas jurídico. Elementos para un análisis sociológico* op. cit., p. 89.

³⁸ "En este sentido, el Estado no es sino un grupo social más de los que crean Derecho, aunque en la sociedad moderna ha logrado imponerse sobre los demás grupos sociales y monopolizar la producción formal del Derecho, garantizada por su fuerza coactiva y basada en el paradigma individualista de la modernidad. Pero en la realidad social, el Derecho estatal no es todo el Derecho existente. FARIÑAS Y ARNAUD, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pp. 89 y 90.

³⁹ "Así, junto al denominado "Derecho oficial" o "estatal" coexisten otros sistemas jurídicos, denominados "alternativos", "informales" o "intuitivos" o "imaginarios jurídicos no oficiales", "derechos de las subculturas" o "derechos de comunidades diferenciadas", que, sin pertenecer al "Derecho estatal", sí son sistemas jurídicos, en cuanto en ellos están presentes mecanismos de regulación de conductas sociales, junto con mecanismos de resolución de conflictos". FARIÑAS, *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*, op. cit., p. 36.

⁴⁰ ARNAUD Y FARIÑAS, *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pp. 250 y ss.

como Estados-naciones coexisten en un mismo nivel; es el ejemplo de la Unión Europea; y por último, la polisistemia simultánea, que según Arnaud, precisa mejor en el marco de un pluralismo jurídico como la existencia en un mismo tiempo y lugar, y con respecto a las mismas personas, de sistemas jurídicos divergentes⁴¹.

En esta última clasificación, el autor sitúa las categorías de **"sistemas de Derecho" y "sistemas jurídicos" para referirse del primero como aquellas normas jurídicas identificadas con el Derecho estatal, y la segunda, como normas que coexisten paralelamente, o a veces en contra del Derecho estatal, que por el hecho de producir normas y resolver conflictos es considerado como "jurídico"**⁴². De modo que en un sentido amplio, los **"sistemas jurídicos" pertenecen a la esfera de lo "jurídico" incluyendo el "sistema de Derecho" que subyacen formando subsistemas jurídicos dentro de un sistema social global**⁴³.

De este modo, los **"sistemas normativos" al concurrir con el Derecho estatal en el marco de una polisistemia simultánea establecen formas alternativas o informales**⁴⁴ a la regulación jurídica estatal; aunque esta alternativa de solución de conflictos también se da al interior del Derecho estatal según Arnaud. No obstante, numerosas alternativas a la resolución de conflictos se muestra a nivel local como en las favelas de Brasil o los *street committees* en

⁴¹ ARNAUD Y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., p. 290.

⁴² ARNAUD Y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pp. 260 y 261.

⁴³ Para un estudio específico sobre la teoría de los sistemas sociales véase LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una Teoría General*, trad. de Silvia Pappe y Brunhilde Erker, Anthropos-Universidad Iberoamericana-Pontificia Universidad Javeriana, Barcelona, 1998; Del mismo autor *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. de Fernando Vallespín, Alianza Editorial, Madrid, 1993, así como *Complejidad y modernidad, de la unidad a la diferencia*, trad. de Josetxo Berian y José María García Blanco, Trotta, Madrid, 1998. Para una visión general IZUZQUIZA, I., *La sociedad sin hombre, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Anthropos, Barcelona, 1990; VALLESPÍN, F., "La otra postmodernidad: la teoría de sistemas de N. Luhmann", en Íd. (Ed.), *Historia de la Teoría Política*, Tomo VI, Alianza Editorial, Madrid, 2001, pp. 314-319.

⁴⁴ Para Arnaud, lo *alternativo* puede definirse como "aquella práctica o procedimiento de Derecho propuesto o elegido deliberadamente por aquellos sujetos que han establecido un vínculo entre ellos, fuera de la esfera de regulación del Derecho en vigor que sería normalmente aplicable a esta relación. Por informal se entiende toda práctica o procedimiento, de Derecho o nacido de la voluntad de los sujetos afectados, que escapa a las formas ordinarias o extraordinarias fijadas por el Derecho en vigor aplicable a la hipótesis de que se trate. Estos fenómenos pueden ser considerados como aspectos del pluralismo jurídico; esto es lo que en términos sistémicos, se describe como la presencia de subsistemas en el interior de un mismo sistema jurídico -y hasta en el interior de un mismo sistema de Derecho-. ARNAUD Y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit. p. 287.

Sudáfrica del *apartheid*⁴⁵ o por encima del Derecho estatal como en la Unión Europea. Estos fenómenos suponen también una multiplicidad de fuentes de producción normativa que Arnaud denomina “*policentricidad*”⁴⁶, es decir, que tiene una multiplicidad de centros de decisión jurídica en un determinado sistema⁴⁷, en abierta oposición a la *monocentricidad* del Derecho estatal. Por lo tanto, el vocablo policentricidad remite al paradigma del pluralismo jurídico - polisistemia simultánea- y pone el acento en la producción normativa.

En definitiva, según Arnaud, la estructura jerárquica y piramidal que caracterizaba los sistemas clásicos y el principio según la cual toda soberanía pertenece exclusivamente al Estado, cede cada vez más ante la evidencia del paradigma del pluralismo jurídico. Esta fragmentación de las soberanías viene dado por fenómenos de globalización/localización⁴⁸ como se observa actualmente en la Europa policéntrica⁴⁹ y las regulaciones jurídicas paralelas al Derecho estatal en la esfera local. En tal sentido -según este autor- la policentricidad aparece como un desafío para el orden jurídico piramidal que nos ha legado el positivismo estatal y jurídico procedente de la “*filosofía moderna*”⁵⁰.

4. EL MODELO DEL PLURALISMO JURÍDICO DE BASE MONISTA

Ahora bien, en lo sucesivo analizaremos distintas perspectivas relacionadas con el modelo del pluralismo jurídico de base monista, es decir, aquellas posturas que asumen un concepto de pluralismo jurídico legitimador del sistema o subsistema jurídico dominante. En otras palabras, se trata de diferentes órdenes normativos que se subordinan al derecho oficial en última instancia, en tanto obtienen su validez a través de la autorización del sistema jurídico estatal según

⁴⁵ ARNAUD Y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pp. 321 y 322.

⁴⁶ ARNAUD Y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pp. 301-325.

⁴⁷ ARNAUD y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., p. 301.

⁴⁸ Sobre la globalización versus localización, véase específicamente DE SOUSA SANTOS, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de regulación y la emancipación* op. cit., pp. 37 y ss.

⁴⁹ Señala Arnaud que “Europa tiene un Derecho policéntrico: por un lado, el Derecho Comunitario (el de la Unión Europea), y por el otro el que se crea en el marco de las organizaciones europeas (Unión de Europa Occidental, UEO, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE, y el Consejo de Europa)”. De modo que “se tiene que tomar en cuenta no sólo los Derechos internos de los Estados miembros, sino también el que emana de las relaciones internacionales en las que éstos están inmersos”. ARNAUD y FARIÑAS, *Sistemas jurídicos*, op. cit., p. 303.

⁵⁰ ARNAUD y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., p. 324.

Miguel Reale⁵¹. Por ello, la línea argumentativa que seguirán algunos autores adscritos a este modelo de pluralismo tiende a justificar por lo general el monopolio de la producción jurídica del Estado; otorgan poca relevancia a otras fuentes autónomas de producción normativa que no sea el Estado; y en consecuencia, suelen relativizar el concepto de pluralismo jurídico en sentido estricto.

4.1. Teoría de la institución y la pluralidad de ordenamientos jurídicos.

Resulta aplicable al caso que nos ocupa la *teoría de la institución* de Santi Romano⁵², en virtud de que desarrolla un concepto de derecho que identifica organización social, institución y ordenamiento jurídico, de suerte que del conjunto de instituciones deriva necesariamente una pluralidad de ordenamientos. En este sentido, según Romano, el concepto de derecho no se reduce al aspecto normativo, sino es la institución o la organización social⁵³ la que define fundamentalmente lo que es el Derecho. De este modo, la norma no precede a la formación del fenómeno jurídico sino es la

⁵¹ Según Miguel Reale, existen organizaciones o instituciones que se auto-regulan fuera de la coacción del Estado; como son la iglesia, las organizaciones deportivas, las agrupaciones de profesionales o sindicales cuyas conductas están sometidas a sanciones organizadas, aunque **"el Estado es el detentador de la coacción en última instancia"**. **"El Estado se caracteriza por ser la institución cuya sanción posee el carácter de universalidad. Ninguno de nosotros puede escapar a la coacción del Estado"**. [...] **"De ahí que digamos que si, en un país, existen múltiples entes que poseen un orden jurídico propio (*teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos internos*)", sólo el Estado representa el ordenamiento jurídico soberano al cual todos recurren para dirimir los conflictos recíprocos"**. REALE, M., *Introducción al Derecho*, adaptación de Jaime Brufau Prats, Pirámide, 9º ed., Pirámide, 1989, pp. 108 y 109.

⁵² Al efecto, es la postura teórica de Santi ROMANO quién partiendo de una postura antinormativista del Derecho lo complementa con la teoría de la institución, señalando que el concepto de derecho, más allá de reducirse a un conjunto de normas, debe contener los siguientes elementos: a) un concepto de sociedad; b) un concepto de orden social; y, c) la idea de organización, o estructura. En definitiva, el concepto de derecho considerado global y unitariamente constituye una *institución*. Así, cada institución u organización contiene en sí misma un ordenamiento jurídico, y a la inversa, cada ordenamiento supone una institución. Visto su planteamiento, resulta que existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones existen. De esta guisa, el Estado como institución, no es más que una **especie dentro del género "derecho" y como consecuencia niega el autor que el sistema estatal sea el único ordenamiento del mundo jurídico**. ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, trad. de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 87 y ss.

⁵³ Por institución entiende Romano a todo **"ente o cuerpo social"** que debe tener una **"existencia objetiva y concreta"**, y en cuando a lo inmaterial, su individualidad debe ser **"exterior y visible"**, esto decir, como **"cuerpo social"**. De este modo, la institución sería una manifestación de la naturaleza social y no puramente individual del hombre. En definitiva, la institución -según el autor- **es un "ente cerrado que puede considerarse in se y per se, por tener una individualidad propia"**. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., pp. 122-125.

institución que constituye la objetivación del derecho, siendo la norma una manifestación de ésta⁵⁴. Así entonces, al margen de la institución no puede existir derecho, precisamente porque falta la organización que hace jurídica la norma.

Como es de suponer, a la luz de esta tesis resulta que cada institución supone un ordenamiento jurídico, lo cual lleva a deducir que existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones existen. Para sostener esta tesis, nuestro autor llega a justificar el derecho de las asociaciones para delinquir en tanto cuenten con una **estructura organizativa. Dicho en sus palabras: "toda fuerza que efectivamente sea social y esté por tanto organizada, se transforma por ello mismo en derecho"**⁵⁵. Sin embargo, este argumento ha sido objeto de críticas por quienes no comparten con esta postura, debido que según, conduce a ver instituciones y a justificar derechos en todas partes⁵⁶.

Teniendo en cuenta la teoría de la institución de Santi Romano, consideramos que ésta bien puede inscribirse dentro de la teoría del derecho positivo y ser compatible con una idea monista del derecho por las siguientes razones:

a) en primer término, aun cuando la teoría de la institución comporta un enfoque sociológico de las entidades sociales, lo cual le permite abrir un espectro de análisis de modo más cercano a la compleja realidad social; sin embargo, subyace en la tesis de la institución más bien un complemento a la teoría de la norma⁵⁷ al

⁵⁴ Al efecto señala el autor que "el derecho no es o no es sólo la norma que así se establece, sino la entidad misma que tal norma fija. El proceso de objetivación que da lugar al fenómeno jurídico, no se inicia con la emanación de una regla, sino en un momento anterior; las normas no son sino una manifestación, una de sus distintas manifestaciones, un medio con el cual se hace valer el poder de aquel yo social del que hemos hablado" ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., p. 104.

⁵⁵ ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., p. 132.

⁵⁶ Al respecto asevera Robles Morchón, que "el problema es que Romano ve instituciones por todas partes. Así, el concepto no lo aplica sólo al Estado, a la Iglesia y a la comunidad internacional, y también a toda persona jurídica ("una persona jurídica es ya en sí misma una institución"), sino incluso a organizaciones ilícitas (desde el punto de vista estatal, se apresura a decir ROMANO) como pueden ser la mafia y todo tipo de organizaciones que se propongan sustituir el ordenamiento jurídico del Estado por el suyo propio". ROBLES MORCHON, G., *Pluralismo Jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del Derecho*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, p. 23. De la misma manera, Bobbio manifiesta su desacuerdo con la teoría de la *institución* de Romano al subrayar que conduce a que cualquier sociedad organizada como institución genera derecho, de esta suerte, una asociación para delinquir en tanto se organiza y crea su propio derecho es una institución. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero R., Temis, 2ª ed., Bogotá, 2005, pp. 6-8.

⁵⁷ Partiendo de la teoría de las instituciones y de los sistemas, Werner Krawietz realiza una crítica a las tradicionales teorías de las normas que identifica a la norma con la coacción, la sanción, el reconocimiento o la aceptación del derecho,

haber revolucionado el concepto de derecho positivo dentro de la teoría del Derecho⁵⁸, lo que a la postre afianza los presupuestos teóricos del cual se sirve el derecho estatal. Asimismo, el lado positivista de Romano se deja ver al objetar los postulados monistas **del derecho natural al señalar que "es propia de tal concepción configurar el derecho como una actuación concreta, que deberá ser única y uniforme, de un principio trascendental y absoluto de justicia abstracta y eterna, negando por tanto, el carácter de derecho a todos los ordenamientos sociales, ...tales puntos de vista son, desde luego, el fundamento de la doctrina que ve en el Estado el único órgano, como se acostumbra decir, o el único elemento productor del derecho"**⁵⁹. En definitiva, contra el monismo de raíz iusnaturalista es donde Romano deriva su postura pluralista por la vía del derecho positivo.

b) A fin de comprender las implicaciones monistas que se deduce de la teoría de las instituciones, debemos partir que en principio, todas las instituciones tienen una naturaleza jurídica *in se* y *per se*, de modo que intrínsecamente tienen sus efectos jurídicos y son autónomas; sin embargo, cuando se trata de relacionarse con otras instituciones, entonces la naturaleza jurídica que sujeta a la relevancia jurídica de esta otra institución. Dicho a modo de ejemplo, **para que pueda "ejercitarse legítimamente" y tenga "efectos civiles"** el ordenamiento de la Iglesia frente al ordenamiento del Estado, se requiere necesariamente el reconocimiento de este último. Así afirma Romano: **"la falta de reconocimiento del derecho estatal lleva consigo**

afirmando que éstos "no son elementos estructurales decisivos de la norma jurídica sino las expectativas normativas" desarrolladas a través de las normas del derecho estatal y el derecho social. Considera que existe una pluralidad de formaciones sociales de sistemas que puede ser regulada y conducida sólo parcialmente con el derecho estatal, ya que al lado de éste, existe un derecho social que surge en las instituciones y organizaciones sociales. En definitiva, según al autor, una concepción de la teoría de las normas bajo los presupuestos de la teoría de las **instituciones y sistemas, "es casi inevitable renunciar a una concepción puramente monista (estatista) del derecho"**. KRAWIETZ, W., *El concepto sociológico del Derecho y otros ensayos*, Fontamara, México, D.F., 1992, pp. 20-26.

⁵⁸ Al comienzo de su obra, Santi Romano deja ver su objeción a la idea que **identifica el concepto de derecho objetivo con "regla de conducta"** al que considera insuficiente y señala que la norma sólo es una parte de la totalidad o la unidad del ordenamiento jurídico. En tal sentido, señala que la finalidad de su propuesta es **"demostrar que tal modo de definir el derecho, aunque en cierto sentido y para ciertos fines no sea equivocado, considerado en sí mismo, resulta sin embargo insuficiente, siendo necesario por ello mismo completarlo con otros elementos que normalmente no se tiene en cuenta y que son, por el contrario, los más característicos y esenciales"** ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., p. 88. Sobre esta misma idea de complementariedad de la tesis de la institución con la teoría de la norma véase también, BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 19.

⁵⁹ ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., p. 209.

la ausencia de tales efectos, pero no su ineficacia en un ámbito **distinto al estatal**"⁶⁰.

Si este razonamiento procede contra una institución de gran relevancia como lo es Iglesia, poniendo el caso en otro extremo, se **aplica la misma lógica con una organización "ilícita"**. Para su mejor explicación nos remitimos a las palabras de Romano, quién señala: **"una sociedad revolucionaria o una asociación para delinquir no constituyen derecho para el Estado que quieren derrumbar o cuyas leyes violan, del mismo modo que una secta cismática es declarada antijurídica por la Iglesia; esto no supone, sin embargo, que en estos casos no se trate de instituciones, verdaderas organizaciones y ordenamientos que, aislada e intrínsecamente considerados, son jurídicos"**⁶¹.

En definitiva, las instituciones que entran en la esfera de competencia del Estado se encuentran condicionadas al reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal para sus efectos jurídicos, esto pone de manifiesto que al final de cuentas, prima la institución estatal sobre las demás instituciones. Siendo así, la tesis de Romano no afecta la integridad y estructura monista del derecho estatal, sino por el contrario, la refuerza con el paradigma institucional⁶². En todo caso, un pluralismo jurídico sostenible desde la teoría de la institución puede simplificarse a la coexistencia del ordenamiento jurídico estatal y el orden internacional, considerado por el autor como instituciones independientes y autónomas⁶³.

Por otra parte, conviene analizar el pluralismo jurídico que plantea Gregorio Robles Morchón el que consideramos guarda cierta relación con la esbozada en la teoría de la institución de Romano, esto, en cuanto que ambos autores se empeñan en mostrar la **existencia de una "pluralidad de ordenamientos jurídicos"**, aunque existe una diferencia importante de carácter metodológico entre ellos, toda vez que Romano pretende llegar a la pluralidad de

⁶⁰ ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., p. 219.

⁶¹ ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., p. 132.

⁶² En este sentido se pronuncia Wolkmer, quién aún reconociendo la importante contribución de Romano al tema del pluralismo jurídico, acaba situándolo en el **monismo estatalista**, al afirmar: **"El alcance de la propuesta de Santi Romano sobre la "pluralidad de ordenamientos jurídicos" acaba sufriendo dos percances que se acercan a ciertos matices de tenor monista: a) si, por un lado, se resalta que el orden jurídico internacional es la constelación máxima del universo de los entes autónomos, por otro lado, en el plano menor de los ordenamientos, Santi Romano privilegia al Estado como institución distinta e irreductible con relación a todos los demás cuerpos sociales; b) aunque no incida en el normativismo "Derecho-Estado" por cuanto admite que el "Estado no es sino una especie del género Derecho" acaba admitiendo, como Derecho válido, el derecho formal positivo". WOLKMER, *Pluralismo Jurídico*. op. cit., p. 170.**

⁶³ ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., pp. 205 y 206.

ordenamientos jurídicos partiendo de la construcción de un concepto de derecho de influencia sociológica; mientras Robles Morchón sencillamente describe las relaciones o comunicaciones que establecen los diferentes ordenamientos jurídicos positivos.

De esta manera, Robles Morchón comienza señalando que su planteamiento en torno a la pluralidad de ordenamientos se ciñe en la teoría comunicacional del derecho, que entiende por ordenamiento jurídico a **"aquellas realidades a las que así llaman los juristas"**⁶⁴, afirmación que le sirve para deslindarse de las tendencias **"sociologistas"** que identifican el concepto de **"orden social"** con **"ordenamiento jurídico"** o **"derecho vivo"**⁶⁵.

A fin de mostrar la existencia de una pluralidad de ordenamientos, Robles Morchón sigue una metodología que parte por delimitar las herramientas conceptuales que utilizará en el desarrollo de su propuesta, haciendo una distinción entre Derecho y ordenamiento jurídico. Por un lado, relaciona el ordenamiento jurídico **con el texto "en bruto"**, esto es, la norma positiva o el ordenamiento jurídico de cada Estado; y por el otro, identifica Derecho o sistema jurídico **con el texto jurídico "elaborado"**, es decir, la labor de la doctrina jurídica⁶⁶.

⁶⁴ **"La teoría comunicacional del Derecho"** según Robles Morchón, define a la teoría del derecho como análisis del lenguaje de los juristas, entendiendo por **"juristas"** en su sentido amplio, a los productores de normas generales (poder constituyente, legislativo, ejecutivo, etc.) como normas particulares (tribunales y jueces, creadores de la llamada jurisprudencia cautelar, órganos administrativos, etc.), así como a los partícipes en los procesos de decisión jurídica (abogados, fiscales, asesores, etc.) y también a los juristas **"teóricos"** (tratadistas o dogmáticos, teóricos e historiadores del derecho, etc.) de modo que toda esta comunidad tiene su propio lenguaje; siendo así la teoría comunicacional comprendería los siguientes aspectos: a) análisis del lenguaje de los juristas; b) teoría de los textos jurídicos; c) teoría hermenéutico-analítica del derecho; y, d) teoría comunicacional del derecho ROBLES MORCHON, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, op. cit., p. 25.

⁶⁵ De este modo llama **"pluralismo sociológico"** al referirse a los planteamientos de Girke y Ehrlich, quienes -según Robles Morchón- sostienen que donde exista un **grupo social y cultural existe un ordenamiento jurídico, un "derecho vivo"**, de modo que las normas jurídicas son normas sociales y el Derecho del Estado no se agota en el fenómeno jurídico, siendo éste uno más de la pluralidad de grupos sociales existentes. En tal sentido, Robles califica el pluralismo de Ehrlich como socio-etnicista y le objeta por ser una tesis exagerada, absurda, toda vez que no permite delimitar los ordenamientos jurídicos **de otros tipos de órdenes como la "costumbre o la moral social"**. De igual forma, critica a la **teoría institucional** del ya recordado Santi Romano, al identificar ordenamiento jurídico con institución, de forma que el concepto de Romano no sólo aplica al Estado, la iglesia y la comunidad internacional, sino incluso a organizaciones ilícitas. ROBLES MORCHON, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, op. cit., pp. 20-23.

⁶⁶ ROBLES MORCHON, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, op. cit., pp. 31-35.

Ahora bien, para situar y explicar el pluralismo jurídico en la **"teoría comunicacional del derecho"**, el autor acude a la analogía ***lenguaje/lenguas*** en la distinción ***derecho/ordenamientos jurídicos***⁶⁷, señalando que así como la palabra lenguaje es una categoría conceptual, lo único que existe en la realidad son lenguas, del mismo modo, en la realidad de la convivencia humana no existe derecho, sino sólo ordenamientos jurídicos. El primero de ello (Derecho) es estudiado por la teoría del derecho y el ordenamiento por la dogmática jurídica.

En definitiva, el pluralismo jurídico deducido del planteamiento de Robles Morchón se circunscribe en la dogmática jurídica que tiene por objeto la interpretación y sistematización del **texto "en bruto" que es el ordenamiento jurídico positivo**⁶⁸. De esta manera señala el autor que su **"teoría comunicacional" resulta ser un firme partidario** del pluralismo jurídico en tanto concibe que en el mundo existen una pluralidad de ordenamiento jurídicos que se limita al derecho de los Estados, al derecho internacional, el derecho de la Unión Europea, el derecho de la Iglesia católica y de otras confesiones⁶⁹.

De acuerdo con lo expuesto, es improbable que en el mundo haya un solo ordenamiento jurídico, por el simple hecho de que cada Estado cuenta con sus respectivos ordenamientos jurídicos clasificados en función a materias, instituciones, competencias, etc. Bajo esta premisa, Robles Morchón rechaza la tesis monista que postula la teoría del derecho natural al **propugnar una "concepción armoniosa y unitaria del mundo"**⁷⁰. En tal sentido, coincide con la postura anti-iusnaturalista de Romano, aunque en este caso, Robles sigue un camino distinto al hacer la distinción entre Derecho y ordenamiento jurídico, en tanto que para Romano, esta dualidad se

⁶⁷ A fin de comprender este paralelismo que sigue el autor, se apunta lo siguiente: **"en el mundo fenoménico el lenguaje no existe propiamente como tal, sino sólo las lenguas**. De igual manera, en la realidad de la convivencia humana no existe, sino sólo ordenamientos jurídicos (y, en etapas avanzadas de civilización, junto a los ordenamientos, los sistemas jurídicos correspondientes, producto de la elaboración de la doctrina o dogmática jurídica). Lenguaje y derecho son, por lo tanto, meros nomina cuya función **es designar multitud de conjuntos**". ROBLES, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, op. cit., p. 203.

⁶⁸ ROBLES MORCHON, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, op. cit., p. 210.

⁶⁹ ROBLES MORCHON, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, op. cit., p. 25.

⁷⁰ Frente a las concepciones monistas que subrayan que en el mundo existe un sólo **ordenamiento jurídico universal**; al efecto Robles Morchón observa: **"que el derecho sea una realidad universal, o sea, que se da en todos los pueblos y culturas, no puede desprenderse que hay un solo ordenamiento jurídico, de igual manera a como no puede deducirse que haya una sólo lengua por el mero hecho de que se hable en abstracto del lenguaje"**. ROBLES, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, op. cit., p. 36.

identifican. Asimismo, ambos autores objetan el monismo propugnado dentro del derecho positivo de la mano de Hans Kelsen⁷¹.

En cualquier caso, pese a la distinción que hace Robles, acepta sin discutir los presupuestos teóricos del Derecho cuyo estudio es objeto de la teoría del derecho y se limita a la dogmática jurídica que **estudia los ordenamientos jurídicos o los textos en "bruto", es decir, el conjunto de normas positivas de cualquier ordenamiento jurídico.** Dicho esto, al no cuestionar los presupuestos epistemológicos de la teoría del derecho, termina reconociendo la supremacía de la norma jurídica, esto es, las normas producidas exclusivamente por los poderes de los Estados por encima de las normas morales, sociales⁷², etc. En definitiva, la postura de Robles Morchón termina siendo monista al formular una perspectiva de pluralismo jurídico dentro de la teoría monista del derecho.

4.2. El pluralismo jurídico como "fenómenos de pluralismo".

Siguiendo un planteamiento similar en el contexto del derecho positivo, Jean Carbonnier considera que en el espacio jurídico -que no es más que el que pertenece al Estado- existen múltiples derechos **que conviven con otros sistemas "independientes de él y eventualmente pueden ser rivales"**⁷³. No obstante, esta multiplicidad de Derechos que coexisten simultáneamente en un mismo tiempo y espacio, -de acuerdo con Carbonnier- no se trata de un pluralismo jurídico sino de **"fenómenos de pluralismo" que pueden manifestarse** de muy diversas maneras. Así pueden clasificarse en colectivos e individuales, concurrentes y recurrentes, categóricos y difusos⁷⁴.

La concepción de Carbonnier en torno al pluralismo jurídico⁷⁵ se explica mejor atendiendo a sus palabras cuando señala: "[...] o

⁷¹ Vid. ROBLES MORCHON *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, op. cit., p. 194-210; ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., pp. 210 y 211. En torno a la teoría positivista y monista en donde Kelsen identifica Estado y Derecho, KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, op. cit., pp. 291 y ss.

⁷² Por esta razón en el planteamiento de Robles Morchón no hay cabida para un concepto de **"pluralismo jurídico en términos sociológicos como se advierte en el contexto de los pueblos indígenas, en las favelas brasileras, o las rondas campesinas** en Perú, cuyo ejercicio son evidentes expresiones normativas que cumplen una función de regulación social y resolución de conflictos, los cuales precisan salidas de convivencia pacífica entre los sistemas jurídicos coexistentes.

⁷³ CARBONNIER, J., *Sociología Jurídica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1977, p. 118.

⁷⁴ CARBONNIER, *Sociología Jurídica*, op. cit., p. 120 y 121.

⁷⁵ Como señala Nathalie González: "el concepto de pluralismo jurídico en la teoría iusociológica de Carbonnier es pues un concepto totalmente desvinculado de cualquier intencionalidad de carácter político. Para él, esta "hipótesis" no tiene más finalidad que la de ayudar a descubrir la realidad jurídica que no sólo descansa en los dictados del Estado, con el fin de proceder a su estudio, estudio que a su vez puede ser de gran utilidad para la actividad legislativa del propio Estado".

bien los fenómenos que se pintan como constitutivos de otro derecho se encuentran tomados en consideración por el sistema jurídico global y, por tanto, están ligados con él o integrados en él de alguna manera, y entonces la unidad se restaura a través de ese sistema global que asume el conjunto; o bien los fenómenos de ese pretendido otro derecho se quedan fuera, sin integrarse en el sistema, en estado salvaje, y no pueden ser calificados verdaderamente como derecho, sino todo lo más como **sub-derechos**⁷⁶. Así para el autor, es infra-jurídico⁷⁷ el conjunto de fenómenos que en el mundo de las conductas adquieren cierta proximidad y semejanza al derecho estatal, pero que no es jurídico en estricto sentido, sino manifestaciones que describen una parcela de la realidad social. Esta realidad, a su vez, es estudiada por la sociología jurídica considerada como disciplina auxiliar que permite ofrecer datos en la tarea del legislador o del juez.

Siendo así, lo jurídico pertenece al ordenamiento jurídico estatal, y lo infra-jurídico al terreno de los hechos, de modo que no puede hablarse de dos sistemas jurídicos que coexisten en un marco de pluralismo jurídico al no ser de naturaleza idéntica; en cambio, el **verdadero pluralismo jurídico para Carbonnier se encuentra en "las diferentes maneras de aplicar una misma regla". Esto es, en el juicio del juez al interpretar y aplicar el Derecho, de forma que "la multiplicidad de los jueces, en el seno de un mismo sistema jurídico, es capaz de engendrar fenómenos de pluralismo jurídico"**⁷⁸. Los fenómenos infra-jurídicos tienen por sede no la sociedad global sino más bien corresponde a un derecho de subculturas, encerrado comúnmente en un medio reducido y popular caracterizado por su tosquedad y carente de técnica y técnicos.

Por otra parte, al lado del sistema jurídico positivo, según Carbonnier existe un Derecho vulgar, una especie de fenómeno infra-jurídico que desde los hechos pasa al terreno de lo jurídico porque recibe la intervención del Estado. Consiste en una manera informal de

GONZÁLEZ LAJOIE, N., "El Pluralismo jurídico en Carbonnier", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XV, Ministerio de Justicia y BOE, Madrid, 1998, p. 186.

⁷⁶ CARBONNIER, *Sociología Jurídica*, op. cit., p. 122.

⁷⁷ Según Arnaud, Carbonnier no pretende con el uso de esta expresión, determinar un ámbito que se sitúa por debajo del derecho, sino su utilidad obedece a una expresión que hasta ese momento carecía de nombre, así explica en tono figurado: "Del mismo modo que el que el infrarrojo no tiene nada que ver con el rojo, pero que permite situar un color inexistente (el infrarrojo) respecto a un color conocido (el rojo), el término infra-derecho permite ubicar una realidad (aquellos fenómenos que no forman parte del derecho, pero que dependen de las relaciones sociales próximas al derecho) con referencia a otra realidad (la del derecho en sentido estricto)". ARNAUD y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., p.166.

⁷⁸ CARBONNIER, *Sociología Jurídica*, op. cit., p. 123.

hacer una especie de sub-justicia para las clases inferiores, haciendo efectivo por lo menos un cuasi-derecho por parte de órganos con delegación jurídica, como es el caso de los policías al resolver en vía infra-jurisdiccional y de forma sumaria, asuntos, por decirlo menores y de poca relevancia jurídica para el derecho estatal⁷⁹.

En suma, para Carbonnier el pluralismo jurídico se encontrará en las diferentes manifestaciones en la realidad, pero al margen del derecho estatal, no obstante podrá ser útil para conocer tanto los deseos de una sociedad como para la efectividad y eficacia de las normas jurídicas positivas. Así la postura estatalista, y por tanto monista de este autor se confirma en González Lajoie, al señalar que **existe en Carbonnier "una propensión a conferir un estatuto superior al derecho del Estado en relación con los demás "ordenes jurídicas" y una tendencia a restringir el interés científico de la noción de pluralismo jurídico a su aportación para una comprensión crítica del derecho estatal"**⁸⁰.

5. PLURALISMO JURÍDICO Y DERECHO ALTERNATIVO: ALGUNAS ZONAS DE INTERSECCION.

Siendo el pluralismo jurídico el marco teórico a través del cual se formulan determinados derechos alternativos, analizaremos en adelante la relación que se establece entre pluralismo jurídico y derecho alternativo.

Un estudio comprehensivo del derecho alternativo, sin duda nos remite lo que Arnaud denomina *poliцентриdad*, categoría que explica **casos donde "la regulación alternativa se introduce al margen del Derecho, o bien en los intersticios del Derecho estatal, e incluso contra él"**⁸¹. Partiendo de estas tres orientaciones, trataremos de explicar cómo el derecho alternativo puede desplegarse unas veces dentro, al lado o en contra del derecho estatal, de modo tal que es posible derivar al menos tres nociones de derecho alternativo, identificando desde luego, aquel que resulta compatible con la perspectiva del pluralismo jurídico en sentido estricto.

Dicho esto, resulta un dato incuestionable de la realidad social la emergencia de fenómenos que dan cuenta de la fragmentación del

⁷⁹ CARBONNIER, *Sociología Jurídica*, op. cit., pp. 129-131. En efecto, el derecho vulgar en sus orígenes fue un "término que acuñaron los romanistas alemanes. El *vulgarrecht* era una mezcla de costumbres locales y de derecho romano, clásico o imperial, más o menos degenerado y deformado, que, en el Bajo Imperio, se aplicaba de hecho en las provincias, por lo menos en las clases populares". CARBONNIER, *Sociología Jurídica*, op. cit., p. 129.

⁸⁰ GONZÁLEZ LAJOIE, "El Pluralismo jurídico en Carbonnier", op. cit., p. 186.

⁸¹ ARNAUD y FARIÑAS, *Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, op. cit., p. 320.

monocentrismo oficial, no por ello, el discurso jurídico estatal pierde capacidad para arrojar a la antijuridicidad cualquier manifestación **“jurídica” que prescinda de los cánones del monismo jurídico. De este supuesto parte Oscar Correas cuando entiende por derecho alternativo “al sistema normativo cuyas normas obligan a producir conductas que, conforme con el sistema hegemónico, constituyen delitos o formas menores de faltas”⁸²**. Esta situación podemos emplazarlo cuando se criminaliza el ejercicio del derecho alternativo, como por ejemplo, la simplificación del ejercicio del derecho indígena como violatorios al marco jurídico estatal⁸³.

Aunque desde el punto de vista de Soriano, no está claro el concepto de derecho alternativo, pues la definición comprensiva de los modelos posibles es la de la alternancia al derecho dominante, aunque esta alternancia admite diversas relaciones con dicho derecho y condiciona la configuración del pluralismo jurídico. De este modo, aunado al planteamiento de Correas, existen otras nociones de derecho alternativo como modelos complementarios al derecho hegemónico según Soriano, sin incurrir en supuestos delictivos⁸⁴. Ciertamente, el derecho alternativo no siempre es sinónimo de **“delito”, pues hay casos de “interlegalidad” entre éste y el derecho estatal**, sobre todo cuando se concede cierto margen para su ejercicio, o incluso, cuando existe un reconocimiento estatal a prácticas alternativas menores, como por ejemplo, cuando la legislación estatal delega a la justicia indígena conocer asuntos **menores como el “robo de gallina”**. Pero que sea así, no se concluye que se reconozca el ejercicio de un derecho distinto al estatal en un marco de pluralismo jurídico. En tal sentido, al final de cuentas la alternatividad jurídica queda subordinada al derecho dominante, y

⁸² CORREAS, *Pluralismo Jurídico, alternatividad y Derecho Indígena*, op. cit., p. 37. Desde el punto de vista de Soriano, no está claro el concepto de derecho alternativo, pues la definición comprensiva de los modelos posibles es la de la alternancia al derecho dominante, pero esta alternancia admite diversas relaciones con dicho derecho hegemónico y la configuración del pluralismo jurídico. De modo que caben otros modelos de derecho alternativo, como modelos complementarios al derecho hegemónico, sin incurrir en supuestos delictivos. SORIANO, *Sociología del Derecho*, op. cit., p. 363.

⁸³ En una situación de pluralismo jurídico, está previsto que los sistemas u órdenes coexistentes establecen relaciones que algunas veces se desarrollan armónicamente y otras de manera conflictiva. Así, cuando el ejercicio de un determinado sistema se desenvuelve de un modo distinto a lo establecido por el derecho estatal; por ejemplo, cuando las autoridades indígenas hacen justicia de acuerdo con sus sistemas normativos, por lo generalmente este ejercicio termina criminalizándose por la justicia estatal, al no corresponder con las leyes del Estado. Siendo así, a las autoridades indígenas se les imputa delitos como abuso de autoridad, ejercicio indebido del cargo, etc. Por ello, estas antinomias precisan de pautas de coordinación basada en criterios bilaterales entre el derecho indígena y el derecho estatal. Al efecto IRIGOYEN, R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, op. cit., pp. 90 y ss.

⁸⁴ SORIANO, *Sociología del Derecho*, op. cit., p. 363.

con ello, la continuidad del *statu quo* que privilegia una sociedad hegemónica⁸⁵.

Por otra parte, es preciso subrayar que la alternatividad compatible con el paradigma del pluralismo jurídico no niega y ni pretende sustituir al derecho estatal; por el contrario, presupone su coexistencia. Siendo así, de acuerdo con Correas, toda alternatividad supone una situación de pluralismo jurídico si se trata de sistemas normativos diferentes que coexisten con el derecho estatal; aunque a la inversa, no todo derecho alternativo comporta un escenario de pluralismo jurídico, sobre todo cuando la alternatividad tiene como objetivo disputarle la hegemonía al sistema dominante, pues en este caso, estaríamos en el supuesto de un "sistema alternativo subversivo"⁸⁶.

Esta misma distinción se advierte en Ramón Soriano al formular dos modelos de derecho alternativo, a saber: 1) derecho alternativo en sentido fuerte y, 2) derecho alternativo en sentido débil⁸⁷. En el primer caso se trataría de un modelo parecido a la "alternatividad subversiva", ya que pretende sustituir al derecho dominante –es decir, el derecho estatal- por el nuevo derecho del sujeto emergente. Evidentemente en este tipo de derecho alternativo no entra en juego el pluralismo, sino el monismo jurídico. No obstante, el auténtico pluralismo jurídico o coexistencia de derechos se manifiesta, a juicio de Soriano, en el segundo modelo de derecho alternativo al pretender un posicionamiento más moderado, en un sentido "complementario al derecho estatal"⁸⁸.

Ahora bien, sobre la función "complementaria" del derecho alternativo, cabe subrayar que a nuestro modo de ver, la *coexistencia normativa no presupone complementariedad*; es decir, el hecho de que existan sistemas normativos paralelos al derecho estatal no

⁸⁵ En este sentido Wolkmer señala que "lo alternativo rompe con el postulado de la llamada neutralidad científica de la modernidad y con la objetividad técnica del positivismo jurídico, tomando partido ahora, por lo contrario a lo instituido, por la diferencia de lo institucionalizado, por el cambio de lado: se trata del comportamiento con mayorías sin justicia, oprimidas y marginadas". WOLKMER, "Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva Latinoamericana", op. cit., p. 164.

⁸⁶ CORREAS, O., "Pluralismo jurídico y teoría del Derecho", en *Derechos y libertades*, N° 5, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995, pp. 226.

⁸⁷ SORIANO, *Sociología del Derecho*, op. cit., pp. 363 y ss.

⁸⁸ Empleando el derecho alternativo en su formulación más amplia, Soriano concibe al derecho alternativo como un derecho distinto al derecho hegemónico del Estado, -y por consiguiente, al poder hegemónico de los grupos sociales dominantes- que pretende su reconocimiento jurídico, esto es, su aceptación como un tipo de derecho en el territorio del Estado. De modo que en esta formulación se deriva una pluralidad de derechos alternativos dentro del mismo Estado: de las etnias, de las periferias urbanas, de los emigrantes, de las zonas territoriales singulares, etc. SORIANO, *Sociología del Derecho*, op. cit., p. 364.

significa que el derecho alternativo tenga que llenar los vacíos que deja el derecho oficial, entenderlo así, sería subordinar un contexto **de "pluralismo jurídico" al monismo jurídico; o anular la alternatividad** en nombre del derecho hegemónico.

De cualquier manera, una complementariedad del derecho estatal no sería suministrada por un derecho alternativo o el uso alternativo de derecho, en todo caso, estaríamos en presencia de **"modelos complementarios de la justicia tradicional"**⁸⁹, o como señala Manuel Atienza, de mecanismos alternativos o extrajudiciales de resolución de conflictos como el arbitraje, la mediación y la negociación⁹⁰.

En definitiva, derecho alternativo y pluralismo jurídico llegan a identificarse cuando coexisten como sistemas normativos paralelos al derecho oficial; sin embargo, cuando se trata de subvertir un contexto de pluralidad jurídica, habría entonces un desencuentro entre pluralismo jurídico y derecho alternativo, siendo la razón de ser del primero la propia coexistencia de una pluralidad de sistemas normativos, de suerte que, disputarle el lugar que ocupa el monismo jurídico **-como acontece con el derecho alternativo en sentido "fuerte" o "subversivo"-** sería contradecir su propia naturaleza pluralista.

⁸⁹ Este modelo aparece en la clasificación hecha por Soriano en torno al sentido y alcance del derecho alternativo en América Latina en su **"acepción amplia"**, citando los modelos de transformación del derecho estatal de Eliane Botelho, quién al lado del a) uso alternativo del derecho, b) prácticas alternativas del derecho, c) derecho alternativo, están d) **"los modelos complementarios de la justicia tradicional: estrategias de desreglamentación jurídica, como los juzgados de pequeñas causas y los juzgados especiales que aligeran la práctica judicial con procedimientos abreviados"**. SORIANO, *Sociología del Derecho*, op. cit., pp. 371 y 172.

⁹⁰ Al efecto señala Manuel Atienza que, al lado de vía jurisdiccional, existen otros mecanismos alternativos o extrajudiciales de resolución de conflictos propio de las **"sociedades desarrolladas"**, como lo son el arbitraje, la mediación y la negociación. **"Así, en ocasiones, son los propios sujetos que se ven envueltos en el conflicto quienes procuran resolverlo (...) sin necesidad de acudir a una tercera instancia (negociación); mientras que en otras ocasiones (o, con mayor frecuencia, cuando la negociación no ha llevado a un acuerdo) se recurre a la ayuda de un tercero a quién no se reconoce, sin embargo, poder para tomar una decisión vinculante para las partes (mediación); o bien a un tercero elegido por las partes, como en la mediación, pero cuya decisión es ya vinculante (arbitraje); o, en fin, a un tercero no elegido por las partes, cuya decisión es vinculante y que, en alguna forma, representa el poder público (jurisdicción) (...)** En cualquier caso, parece innegable que la utilización de procedimientos distintos al propiamente judicial para la resolución de conflictos es un hecho de notable importancia en todas las sociedades desarrolladas del presente. Y que esos procedimientos no son únicamente la negociación, mediación o el arbitraje, sino que éstos serían algo así como tipos **básicos o primarios, que "combinados" de muy diversas maneras, dando lugar a una pluralidad de procedimientos "híbridos", como el juez privado (*Private Judging*), el mini juicio (*MiniTrial*), el ombudsman, etc."**. ATIENZA, M., **"Argumentación y resolución extrajudicial de conflictos"** en BERGALLI, R., (Ed.), *Contradicciones entre Derecho y control social*, Bosch-Goethe Institut, Barcelona, 1998, pp. 60 y 61.

Por otra parte, puede suceder que un derecho alternativo tenga vocación transitoria, en tanto los sujetos colectivos crean y recrean derechos diferentes al estatal para satisfacer necesidades básicas; pues se considera que el marco formalista del derecho estatal resulta insuficiente, aun así acudiendo al uso alternativo del derecho en una suerte de interpretación judicial progresista⁹¹. Por lo tanto, los sujetos que constituyen este tipo de derecho se ven obligados a **recurrir a formas "ilegales"** -según el derecho oficial-, a fin de satisfacer bienes primarios, lo que no significa el rechazo total del derecho estatal sino su inobservancia por su ineficacia. Como señala **Sánchez Rubio, "No se trata de que se impugne en bloque al formalismo, desproporcionadamente y sin excepciones como algunos creen entender, sino aquella vertiente paleo-positivista de la legalidad que se reduce a una sujeción formal y olvida una sujeción sustancial del derecho"**⁹².

Este es el caso generalizado de ciertos sujetos colectivos cuyas luchas se sustenta en la falta de cobertura a sus necesidades materiales, y por tanto, se ven obligados a romper con el orden establecido para generar cambios radicales; como lo hace el movimiento sin tierra, las favelas brasileñas, y en general los grupos marginados socialmente, cuyo propósito no consiste en arrebatarse su lugar al Derecho estatal sino dotarlo de contenido.⁹³ Por lo tanto, este tipo de alternatividad está sujeto a los vaivenes de la justicia distributiva, ya que eventualmente puede terminar desapareciendo o diluirse en tanto sean satisfechas las necesidades fundamentales del sujeto emergente. En este contexto se inscribirían las reivindicaciones de los nuevos movimientos sociales latinoamericanos, que muchas

⁹¹ El uso alternativo del derecho fundamentalmente se trata de una práctica judicial que se da en el marco del derecho estatal a fin de lograr una interpretación y aplicación más progresista a favor de determinados sectores desfavorecidos o marginados de la sociedad. Según De la Torre Rangel, un concepto del uso **alternativo para el medio latinoamericano "constituyen las diversas acciones encaminadas a que toda la juridicidad (normatividad, derechos subjetivos, ideas y concretizaciones de justicia) sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado, como por ellos mismo en sus relaciones comunitarias creando y recreando la solidaridad"**. DE LA TORRE RANGEL, J. A., *Sociología Jurídica y uso alternativo del Derecho*, Instituto Cultural de Aguascalientes, Aguascalientes, 1997, p. 80. Para una visión general véase SOUZA, M. L., *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Bogotá, 2001.

⁹² SÁNCHEZ RUBIO, D., "Sobre el derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad" en DE LA TORRE RANGEL, J. A., *Derecho alternativo y crítica jurídica*, Porrúa, México, 2002, p. 24.

⁹³ Mientras que muchos movimientos revolucionarios disputan la hegemonía del orden o sistema dominante, puede darse el caso, como señala Oscar Correas que **otros sistemas "organizan la vida de los territorios ocupados por la guerrilla, por ejemplo el de los zapatistas en el México de 1994-1995, no intenta suplantarlo al hegemónico, aunque sí hacerlo cambiar radicalmente. En efecto, esa guerrilla mexicana nunca dijo que pretendía fundar un nuevo estado."** CORREAS, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, op. cit., p. 104.

veces tienen que seguir una doble lucha, primero por el reconocimiento de sus derechos, y luego el más importante, su garantización. Por eso, parafraseando a Dussel, no existen derechos dados a *priori* sino se logran a *posteriori*, según la lucha de los nuevos movimientos sociales hasta lograr su plena incorporación al **"sistema del derecho vigente"**⁹⁴.

Ahora bien, esta alternatividad transitoria que caracteriza a muchos de los nuevos movimientos sociales latinoamericanos, identificados fundamentalmente con demandas de naturaleza distributiva, se distinguiría de aquellos derechos incardinados culturalmente, cuyo ejercicio se apoya en una estructura institucional, y sobre la base de un territorio determinado. El caso más visible sería el de los pueblos indígenas.

Ciertamente los sujetos colectivos definidos culturalmente comprenden también una necesidad de justicia social, y a la inversa, colectivos oprimidos por desventajas sociales no excluye su relación elementos culturales. Sin embargo, la diferencia estriba en qué contexto el derecho alternativo encuentra un marco justificativo en términos sociales, culturales, normativos, institucionales, organizativos que nos permita llegar a la conclusión que se trata de un conjunto de normas observadas de manera sistemática por una determinada sociedad no dominante.

En el caso de los nuevos movimientos sociales cuyas demandas principales se relaciona con la justicia social, el derecho alternativo que plantean es más difuso y endeble en el tiempo, puesto que puede terminar diluyéndose en la medida que se garanticen las necesidades sociales que motivan su emergencia; mientras que el derecho de los pueblos indígenas, afirmados en estructuras culturales, institucionales jurídicas-políticas, un territorio y una lengua compartida tienen mayor **proyección en el tiempo. Si bien la satisfacción de "necesidades básicas" tales como vivienda, salud, educación, alumbrado eléctrico, etc., son demandas centrales para los pueblos indígenas; sin embargo, como señala Díaz Polanco, lucha por el reconocimiento a la autonomía y libre determinación resulta una prioridad mayor**⁹⁵.

⁹⁴ Señala Dussel **que dicho "descubrimiento no es fruto ni de un estudio teórico ni de un voluntarismo de ciertos movimientos mesiánicos. Es fruto de la conciencia crítico-política de los grupos que sufren en su dolor los efectos negativos del estado-de-no-derecho de una dimensión humana que la madurez histórica ha desarrollado, pero que el derecho no ha incluido todavía como exigencias que requieren institucionalidad pública". DUSSEL, E., *Hacia una filosofía política crítica*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2001, p. 153.**

⁹⁵ En **este sentido Díaz Polanco señala que "difícilmente los indígenas podrán ejercer de manera cabal sus derechos en tanto pueblos sin el autogobierno, las instituciones, las competencias y la jurisdicción territorial que implica la autonomía. Dicho en otros términos, de poco vale el reconocimiento de derechos**

Asimismo, los derechos antes señalados se distinguirían del que imponen aquellos movimientos insurgentes que pretenden sustituir el derecho estatal por otro derecho, también de raíz monista. Este es el tipo de derecho alternativo que propugnan algunos movimientos sociales y políticos en contextos afectados por la desigualdad y la exclusión social, y de la opresión que comporta una ideología jurídico-política dominante. Por esta razón, el núcleo normativo de esta alternatividad sería de contenido político, mientras que el derecho alternativo transitorio, propio de los nuevos movimientos sociales sería más de naturaleza social; y el de los pueblos indígenas, de vocación permanente, su legitimación más importante radica en la incardinación cultural.

En conclusión, a la vista de lo expuesto es posible derivar las siguientes formas de derecho alternativo. En primer término, se puede distinguir un **derecho alternativo de vocación monista**, cuyo objetivo consiste en suplantar otro derecho de base monista como el derecho estatal. Es el tipo de derecho alternativo que encaja en la **polisistemia sucesiva** que -según Arnaud- explica la sucesión, en un mismo espacio geopolítico de un derecho monista por otro considerado reformador⁹⁶. Por ello, este alternativismo tiene una naturaleza política, más que social o cultural, pues suele vincularse más con movimientos revolucionarios o de liberación nacional que pretenden cambiar un antiguo régimen opresor por otro de liberación nacional; casos de estos sería la revolución rusa de 1917 o el caso de la revolución cubana de 1959.

En consecuencia, en este tipo de derecho no hay ningún planteamiento de pluralismo jurídico, al menos en **sentido estricto**, pues como señala Oscar Correas, al referirse a la normatividad producida por los movimientos de liberación nacional, muchas veces **estas resultan transitorias, pues "mientras no ganaron la guerra, la normatividad que produjeron era paralela, por decirlo así, de la normatividad anterior. Mientras ambas normatividades subsisten, y se enfrentan, nos encontramos ante casos de pluralismo jurídico"**⁹⁷.

Una segunda acepción sería el **derecho alternativo transitorio**. Este derecho generalmente se desliza entre un uso alternativo del derecho y derecho alternativo, juega en las dos modalidades jurídicas como medios para lograr la eficacia de sus necesidades materiales. Para lograr este objetivo, se vale de estrategias operativas que se inscribe dentro del derecho estatal hasta prácticas jurídicas

socioculturales y económicos si no se dispone de los instrumentos e instituciones políticas para hacerlos efectivo en la práctica. DÍAZ-POLANCO, H., y SÁNCHEZ, C., **México diverso. El debate por la autonomía**, siglo XXI, México D.F., 2002, p.15.

⁹⁶ ARNAUD y FARIÑAS, **Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico**, op. cit., p. 290.

⁹⁷ CORREAS, **Derecho indígena mexicano I**, op. cit., p. 56.

informales que según el derecho estatal resultan “ilegales”. En esta medida generan prácticas extraestatales, aunque eventualmente tienen su fecha de caducidad en la medida que sus reivindicaciones sean satisfechas plenamente. En el fondo, este derecho no pretende sustituir al derecho oficial ni excluirlo, por el contrario, su finalidad es desaparecer en tanto desaparezcan también los obstáculos que motiva su razón de ser. Por lo tanto, mientras persistan sus prácticas alternativas al lado del derecho estatal, podemos decir que plantean una suerte de pluralismo jurídico débil o suave.

Por último, tenemos el ***derecho alternativo en sentido estricto***. Es el tipo de derecho compatible con pluralismo jurídico en estricto sentido, cuya finalidad no es sustituir, excluir o disolverse en el derecho hegemónico, sino convivir establemente con el derecho estatal en un plano de igualdad y mutuo respeto. Por tanto, al enfatizar su coexistencia con el derecho estatal, evita el exceso del monismo jurídico, apostando más bien a una concurrencia armonizada sobre la base de relaciones intersistémicas. Esta forma de alternativismo se da con mayor incidencia en aquellas entidades colectivas que apelan a la justicia de reconocimiento en virtud de sus diferencias culturales, siendo los pueblos indígenas en el contexto de América Latina, los que mejor se ajusta a este parámetro normativo.

6. CONSIDERACIONES FINALES.

Con todo lo expuesto, se ha realizado una aproximación esquemática del pluralismo jurídico y el derecho alternativo haciendo algunas clasificaciones tipológicas como herramientas explicativas a fin de despejar algunas confusiones conceptuales. Con todo, sin duda quedan muchas preguntas en el aire, sobre todo en lo que afecta al ámbito normativo, es decir, acerca de cuáles serían los criterios normativos o valorativos de armonización entre normas extra-estatales y el derecho oficial.

Del mismo modo, la propuesta del pluralismo jurídico afronta varios retos y dilemas a la hora concretar los términos de la relación entre entidades colectivas diversas. Pues no está claro ¿Cuáles serían los criterios que distinguiría y legitimaría a unos sujetos con respecto a otros?, toda vez que existen sujetos colectivos reaccionarios y despóticos que nada tienen que ver con la justicia y el respeto de los derechos humanos; o la presencia de sujetos espontáneos, poco estructurados, sin una base organizativa democrática y representativa ni una identidad colectiva que cohesione al grupo en su conjunto.

Lo mismo ocurre en el terreno de los derechos ¿Cuáles serían los límites materiales al que tendrían que someterse los derechos de las entidades colectivas? ¿Son los derechos humanos? Y con respecto

a las demandas. ¿Qué tipo de reivindicaciones colectivas encaja mejor en un marco de pluralismo jurídico en sentido estricto? Puesto que puede haber algunas diferencias entre los derechos propios de los pueblos indígenas, los grupos religiosos, el movimiento sin tierra de Brasil, las rondas campesinas, y todo tipo grupos excluidos de la **justicia social. No todos los “nuevos movimientos sociales”** apuestan de la misma manera por el reconocimiento al derecho propio ni todos precisan el mismo tipo de derechos colectivos, y muy pocos cuestionan justificadamente el monismo jurídico.

En definitiva, ante la complejidad de fenómenos normativos, naturaleza de las entidades colectivas, legitimidad y justiciabilidad en sus demandas, el pluralismo jurídico en su sentido estricto tiene algunos desafíos que solventar en términos teóricos si pretende afianzarse como un nuevo paradigma; sobre todo, en un momento en que hacen falta nuevas herramientas teóricas y teorías explicativas capaces de dar cuenta las demandas de los nuevos sujetos colectivos comprometidos con la emancipación, la justicia y el respeto a los derechos humanos.